Indize de este Libº

J. M. J.

Nº 1º.. En defensa de Dn. Franco. Davila sre. execuzon.

2º.. Por el conde Duque de Olivares (Dn. Luis menez de Aro y Guzman,) sre. la posesn. de las Alcaldia de los Rs. Alcazares.

3º.. En favor de las obras pias q. fundó Ochoa de Urcuza sre. drºs. de prela

4º. Por Dn. Juan Ferns. de Hinestrosa sre alimentos.

5º. Por Dn. Juan de Tapia y Bargas sre. execuzon.

6º. Por Dn. Juan Franco. de Thorres Monsalve. sre. sucesn. de mayorazgo.

7º. Por Franco. Perez Manrrique sre. competencia de Jurisdizon.

8º. Por Enrrique Gil de Vega. sre. mandado.

9º. Parecer del Pe. Dn. Antº. Bravo. en defensa de los monges de Sn. Geronimo.

10. Por Da. Micaela de Peralta y sus Hijos. sre. una exencia.

11. Por el Hospital de la misericordia de Sevª. sre. soluzon.

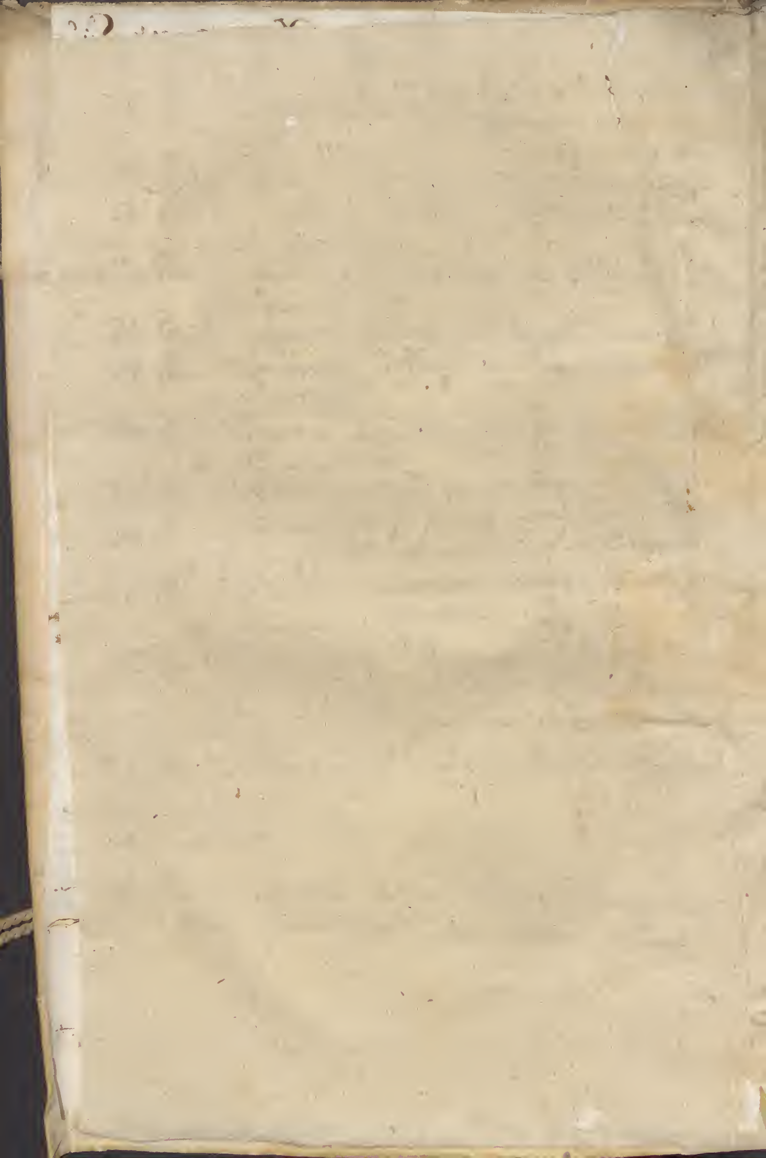
12. Por el Dean y cavildo de Sevª. sre. un Legado.

13. Por los Herederos de Dn. Alonso de Mogica sre. soluzon.

Por Thomé Ferns. sre. Restituzon.

Por Dn. Rodrigo de Arriego. sre. la soluzon. de un tribu

16. Por Dn Pedro de Alcazar, y Zuñiga. sre Mayorazgo.
17. Por Gregorio Sanzi de Ybago. sre vna herencia avintestato.
18. Por Dn Fran.co de Miranda. sre vna capp.a
19. Por los Credores de Juan Lopez de Ybarrola sre. execucion.
20. Por Dn Luis y Dn Melchor de Alcazar sre Fianza
21. Por Da Mariana Zuleta. sre. la poses.on de vn Vinculo.
22. Por Dn Baltasar de Arcos. sre. la manutenz.on de vna Capp.a
23. Por Dn Pedro de Leguiarda. sre. dos tributos en la Va de Moron
24. Por Dn Pedro Muñoz de Otalora. sre sucesn.
25. Por el Patronazgo q.e fundò Melchor de Leon. sre. la poses.on de vn Oficio de Escrivo.
26. Por Dn Fran.co de Miranda Marmolejo. sre vna sentencia de Remate.
27. Por Dn Juan Ant.o Luis de la Zerda, Duque de Medina Celi. sre. Revocaz.on de vna execu.on
28. Por Enrrique Gil de Vega. sre. vn contrato.
29. Por la Jurisdicz.on Rl. sre. vn Recurso de fuerza.
30. Duplicado
31. Duplicado.
32. Por la capilla de la Nazion Bascongada sre. particion de herencia.



[illegible] ona
Catalina Franc[illegible] o fue de
Fernãdo de Acou[illegible] y pothecaria
en cantidad de seis[illegible] ducados que
lleuô a su poder:

C O N

DON ANDRES DE HERMOSILLA, VNO DE los herederos del General Iuan de Hermosilla; para que se reuoque y enmiende la sentencia de Vista en esta causa pronunciada, y absuelua y dè por libre a la dicha Doña Catalina Francisco, de lo contenido en la demanda de D. Andres.

Cuevas

p[illegible]
manc[illegible]

3 EN La qual tambien[illegible]mos el diſcurſo en dos articulos, y en el primero pretendemos fundar, que no ſiendo como eſte pleyto no es, ni ha ſido mas de entre Don Andres de Hermoſilla, como vno de tres hijos y herederos del General Iuan de Hermoſilla, no pudo, ni debio ſer oido, ni admitido al litigio de eſte pleyto, ni aviendolo ſido, tuuo, ni le compitio derecho, ni accion para ello: Y el ſegundo, que dado caſo que lo pudiera auer ſido, no le competia, ni compete accion, ni eſta ſe funda en las alegaciones de que ſe pretende valer.

Ar

ARTICVLVS PRIOR.

4 NO se puede escusar de repetir en el hecho, que auiendose mandado pagar a Don Francisco, la partida tocante al dicho Don Andres, fue con fiança de estar a derecho con èl solo, y pagar lo juzgado, y sentēciado, y ningun o de los demas tiene esta fiança en su fauor; y que prosiguiendo este derecho èl solo como tal heredero, y Blas de Molina su Procurador en su nombre, intentò el pleyto que oy se halla sentenciado en Vista, y està pendiente en este grado de Revista, de que es consequente preciso que la ordinata de la dicha sentencia de Vista, en quanto concibio la cabeça de ella a mas personas que la del vnico litigante Don Andres, contiene excesso que en la Revista con el respecto y moderacion debida, es digno de reposicion, y se debe advertir, y considerar para este efecto.

5 Quo breviter supposito en el hecho, en el derecho pretende Doña Catalina, no auer podido ser oido en esta razō, & vt loquuntur Rotistæ, non habuisse oris aperitionem, Dō Andres para ser oido, en fuerça de que la ha obstado y obsta excepcion de cosa juzgada, y està alegada en fuerça de dilatoria ad impediendum litis ingressum, vt in cap. vnico de litis contestatione lib. 6.

6 El fundamento es, que Don Francisco para cobranza de esta partida, tuuo en su fauor contra los Reos, y cōtra el General Hermosilla, y sus herederos y fiadores, executoria del Real Consejo, y que en virtud de ella quedò executoriado, como a primero y mejor acreedor, el pagarle los susodichos lo que auian cobrado. esta executoria, y cosa juzgada, se presentò en esta Real Audiencia, adonde huuo sentencia de Remate, y sentencia de Revista en esta razon.

7 Con este supuesto pretende Doña Catalina que le obsta a Don Andres siempre, la excepcion de cosa juzgada: y de cosa juzgada calificada por sentēcia de Revista de esta Real Audiencia, en que no ay duda que tiene vna regalia no comunicada a las executorias de los Inferiores, ni aun de los Eclesiasticos, hoc est, que en auiendo sentencia de Revista, no se puede tratar mas del negocio, ni por via de nullidad, ni de injusticia, ni de restitucion, l. 4. tit. 17. lib. 4. recopilac. ibi:

ibi: *Y que por las dichas sentencias de Revista se entienda ser acabados y fenecidos los dichos pleytos, sin que se puedan tornar a mover, ni suscitar, ni tratar en manera alguna.* Iuncta la Real Prematica sudeclaratoria de la Magestad de Felipo Tercero nuestro señor, que Dios tiene, del año de 615. que declarò que ni por via de restitucion, se podia conceder dicta oris apertio.

8 Sin que obsten a esto las dos alegaciones opuestas en cótrario: La primera, que esta doctrina procede en las executorias, y sentencias de Revista pronunciadas en las vias ordinarias, no afsi empero en las pronunciadas en la via executiua, que por este nombre nunca llegan a merecer el de cosa juzgada, y consequentemente queda el derecho a saluo a la parte, y en èl franqueza de la ley. 4. Porque se repele facilmente, lo primero, conque esta doctrina no procede, ni tiene lugar todas las vezes q̃ la sentécia de Revista delas Audiencias, aunque aya sido el pleyto executiuo, plenè tamen de eo cognitum est, porque la regla de la ley si ex testamento. 20. ff. de exceptione rei iudicatæ, ibi: *Nec obstatura mei exceptionem rei iudicatæ quod non sit petitum, quod nec actor petere putasset, nec iudex in iudicio censisset*: procede tambien in sensu affirmatiuo, & obstatura exceptio est, in eo quod actor petere putasset, & Iudex in iudicio censisset; Porque la alegació que ha exercitado esta tempestad, se començò a oponer en este pleyto desde el principio del, y quando el General Hermosilla como cessionario de Fernando de Acosta, executò a los bienes del mesmo Fernando de Acosta su cediente, por su muerte, y por la obligacion de el saneamiento de la deuda cedida; y a Roque de Mimensa, y Fráciſco Perez Mariño, deudores cedidos, y a este pleyto se opuso Doña Catalina como primera, y mejor acreedora de su marido, y en sus bienes, y entre ellos indiuidualmente en la dita cedida al dicho General, y alli alegò la pretension de aora, y la pretensa calidad de venales de las ditas en Sevilla, y que en enagenandose, o cediendose, se liberan de las hypothecas anteriores, y sobre ello hizo larga informacion de testigos, que son los mesmos que en este pleyto se han ratificado; Y luego como tal acreedor de Fernando de Acosta, y reconociendo bien la fuerça del nombre de este concurso, y que las ditas no cobradas es llano que son bienes de el, y de su admi-

nistra

nistracion, acudio a el, q̃ por particular comission de su Magestad estaua pendiente en esta Ciudad, ante el señor D. Antonio de Torres Camargo Oydor que a la sazon era de esta Real Audiencia, q̃ le dio grado en 7. lugar, y a la dicha Doña Catalina en segundo por su dote, y esta sentencia se confirmò en Vista y Revista por el Real Consejo, y su Carta executoria fue la de que se pidio execucion en esta Real Audiencia, y en ella se tornò a refricar esta mesma alegació de aora, y sin embargo de ella salio la sentencia de Revista de esta Real Audiencia, de cuya suma authoridad se opone por Doña Catalina, y comprueba que esta excepcion, y alegacion, no es nueva, sino de ella plenè cognitũ, y hecha siempre desestimacion por los señores Iuezes de la dicha sentencia de Revista.

9 Accedat quod non inefficaciter se debe aduertir, que ay en esto notanda razon de diferencia entre la execucion hecha en virtud de instrumento publico, y de carta executoria, y cosa juzgada; que en el primero caso puede succeder q̃ en la via executiua del instrumento no se halle plenè cognitum, y que de ai proceda quedarle al Reo su derecho reservado para tornar a refricar la justicia de la sentencia de Remate, en la via ordinaria, porque con esta calidad comunicò en España a los instrumentos publicos la ley de Toledo, y sus concordantes, exorbitantemente, y contra la disposició del derecho comun, in. l. minor cùm fideicommissum. ff. de minoribus, el efecto executiuo que antes por grandeza, y por derecho comun vniversal tenia la cosa juzgada, in. l. post rē iudicatam cum similibus. ff. de re iudicata. De que resultò, que la cosa juzgada tiene, y siempre tuuo, iure cōmuni amplissimo y fauorable, la via executiua; per contrarium el instrumento publico iure speciali, odioso & restringendo, iuxta regulam odia de reg. iuris lib. 6. Y assi, si la execució es en virtud de cosa juzgada contra la sentencia de remate de Revista en su execucion dada, como fue en este caso, no ay que hazer la distincion de que plenè, vel non plenè cognitum fuerit, porque essa no tiene lugar en el processo executiuo hecho en execucion de cosa juzgada, contra la qual en su origē no huuo lugar semejante disputacion, vt in principali, y tampoco le puede auer en su execucion, como accesso-

cessorio,argumento textus in cap.si super gratiam de offi- cio delegati,lib.6.regula accessorium de regul. iuris lib.6. cum vulgatis.

10 Ni menos debe obstar la segunda objeccion; A saber, q̃ imò,ya se halla en este caso cosa juzgada en razon de la re- pulsa desta excepcion de cosa juzgada,pues auiendola opue sto Doña Catalina en fuerça de dilatoria,& ad impediendũ litis ingressum,en virtud del cap.vnico de litis contestatio- ne lib.6.iuncta.d.l.4.tit.17.lib.4.recop.se halla Doña Ca- talina vencida en esta razon,con el auto en que todavia se le mandò responder: Porque se le ocurre llanamente con aquella no menos verdadera que celebrada doctrina,que se mejantes repulsas de las excepciones de el dicho cap.vnico in vim dilatoriæ ad impediendum litis ingressum non ope- rantur rem iudicatam,nec præcludunt viam excipienti,pa- ra refricarlas despues in vim peremptoriæ in litis progressu vt cùm pene infinitis relatis authoribus, lo fundò, y resol- uiò nouissimamente el Adicionador del señor Luis de Mo- lina lib.4.cap.9.à num.40. vsque ad.43.

11 Nec putet aliquis quidquam operari in hac specie,la fiã- ça que le fue mandado dar,y dio Don Francisco Dauila quã do opuso de esta excepcion de la cosa juzgada, y de todo lo que queda referido: Porque esta ya se sabe que no fue,ni pu- do ser modo de introduzir nueva obligacion, ni alterar la disposicion de los derechos,y leyes que se acaban de alegar sino tan solamente para en caso que Don Andres venciesse aquel derecho,le tuuiesse seguro,no tan solamente con los bienes de Don Francisco,y Doña Catalina su muger,que lo auian cobrado como principales,sino tambien de vn fiador, accessoriæ,ex textu in principio instituta de fideiussoribus, y asi no fue mas la fiança que para assegurar el derecho de Don Andres,si le tuuiesse,no empero eficaz para darle algu- no que no tuuiesse, por manera que fue conservarle que le tuuiesse,y le compitiesse,y no darle alguno que no le com- pitiesse,y esse mas seguro, y que en caso de vitoria, no vi- niesse a ser inane ex inopia debitorum, pues viene a ser lo mesmo debitorem non habere, vel habere inopem, &, inanis actio quam inopia debitoris excludit, l.nam &.6. ff.de dolo cum vulgatis: Remanet ergo, que esta alega-

ciõn

cion y discursion de la excepcion de la cosa juzgada, por las dos sentencias de Revista, vna de el Real Consejo de Iusticia, y otra de esta Real Audiencia, stat in sua viridi obseruantia, y se ha de discutir de los meritos de ella como de peréptoria, para repeler a D. Andres de Hermosilla, y absoluer a D. Francisco.

Posterior Articulus.

12 PRincipio es de derecho innegable, que en todo pleyto el actor contra el Reo conuenido, ha de tener y competirle accion, de el qual resulta que si acaso no la tiene, no solo a pedimiento de la parte, sino de el mesmo oficio de el Iuez (a quien esto incumbe) debe ser repelido de el juyzio, vulgaris textus in .l. si pupilli. §. videamus. ff. de negotijs gestis, y por el lo enseñò la glossa celebratissima, & ab omnibus sine controuersia recepta in .l. vbi pactum, C. de transactionibus: Llegado pues a preguntar a D. Andres y a sus Abogados, qual es el nombre de la accion que pretende le compete, e intenta Don Andres contra D. Francisco, hasta aora no la han nominado, ni parece puede ser otra sino la contenida en su escrito de demanda, que en efecto suena ser vna reuocatoria de vn acreedor cõtra otro acreedor que cobrô en primero lugar: o en segundo vna condiccion indebiti de auerle pagado a Don Francisco lo que verdaderamente no le debian en segundo lugar: Y porque el fundamento de esta accion (suponiendo caso en que competa) pretende refricar todo el derecho de las executorias, y q̃ no tuuo ninguno Doña Catalina por su dote, ni por la hypothecaria de el, en la dita debida por Roque de Mimensa, y Francisco Perez Mariño, a Fernando de Acosta su primero marido, y deudor de su dote. De singulis sigillatim discusiendum est.

De la primera Pretension. §. 1.

13 CON justissima razon se ha insistido por el Abogado de Don Francisco, tanto en su doctissima Informaciõ de derecho, quanto a la Vista en los Estrados, que de este pleyto, y de la demanda de Don Andres, no se colige ni halla intentada otra cosa mas de tan solamente vna reuoca-

vocatoria de vn acreedor contra otro; que al convenido
realmente se le debia, y el conveniente se la pretende avo-
car; Y supuesto que Doña Catalina convenida, era, y es
acreedor anterior, non assequimur quo spiritu, esto intente
acreedor posterior, y q̃ se halla con la mesma D. Catalina
colitigante en el pleyto de concurso de su marido, gradua-
do en septimo lugar, y ella en el segundo, cum à seculo nõ
sit audita, semejante pretension, ò revocatoria, que solo en
rigor basta para que sea precisa la absolutoria de Doña Ca-
talina, pues al Reo convenido no le incumbe otra cosa, co-
mo bien se halla alegado, y fundado en la alegacion de de-
recho, ê insistido por el Abogado de Doña Catalina en los
Estrados a la Vista de este pleyto.

De la segunda Pretension. §. 2.

14 EN este se halla no menos destituydo de fundamẽto de
accion Don Andres, porq̃ aun quando se concediera
(sin perjuyzio de la verdad, que se halla tan llana en
contrario) averle sido realmente indebido, lo que tan debi-
damente cobrò por su dote, nunca todavia le compitiera a
Don Andres en este caso la condicion indebiti, suponien-
dose, como es llano, que el pagamẽto fue hecho en virtud,
y execucion (como ya se ha tocado) de las dos cartas exe-
cutorias: vna del Real Consejo: y otra de esta Real Audiẽ-
cia, en cuyo caso condictioni indebiti, vel sine causa nun-
quam potest dari locus, neque quod ex causa iudicati solu-
tum est per eiusmodi condictionem repeti, nõ potest prop-
ter rei iudicatæ, authoritatemque semper, & in omnibus
salva esse debet. l. 1. C. de condictione indebiti, ibi: *Pecuniæ
indebitæ per errorem (nõ ex causa iudicati) solutæ esse repetitionẽ iure
condictionis non ambigitur*, aun quando se pudiesse pretender
que no puede (como estâ dicho) minus benê iudicatum
fuisse. l. servo. 65. §. cum Prætor. ff. ad Trebell. l. si fideiussor.
29. §. in omnibus. ff. mandati.

De la tercera Pretension. §. 3.

15 QVando (sin perjuyzio de la verdad) se le concediera à
D. Andres oris apertitio, y puerta abierta, para poder
tratar,

tratar, y discutir meritos de los dos juyzios, de que resultò la cosa juzgada en cuya execucion pagò, y mediante prædicta refricatione, se huviesse de tratar de esto, adhuc, segun bien fundada Iurisprudencia, non semel sed iterum & sępè, se avia de determinar lo mesmo ex seqq.

16 Para lo qual la pretension de Don Andres se reduze à fundar en derecho vno consuetudinario Hispalense, derogatorio del comun, civil, y Real; a saber que las cosas mercantiles, y de los tratantes, y mercadantes de ellas, si bien estan debaxo de las hypothecas y creditos de los mesmos mercadantes, esto es, y ha de ser y entenderse sub conditione, & modo, idest, *Con tanto que quando el acreedor intenta su hypothecaria, estèn, y se hallen en mano y poder del mesmo deudor hypothecante; no assi empero, si se hallaren enagenadas, y en mano, y poder de terceros singulares posseedores*, ita quod, en este caso, la hypothecaria mere Real, & de sui primęva natura, quę totum habet realitatis, nihil personalitatis (iuxta celebre dicterium, & placitū, quod refert Felicianus de censibus. 2. tom. lib. 1. cap. 1. num. 6. vers. Non tamen, & iterum lib. 3. c. fin. num. 1. vers. Sed ego) degenêre de esta calidad, y requiera precisamente concurso de la personal contra el deudor hypothecante durissima sanè provincia, & quod de Legislatore credendum non est, vt in. l. si quando. C. de inofficioso testamento. Pero antes de passar adelante, y llegar al nervio de las dificultades, en el hecho se debe advertir, lo primero, que tres grados de mercancia se pueden y debē considerar en todas materias, y en particular en la de las ditas de que tratamos; a saber (digamoslo assi) la primera general, hoc est, las ditas en Sevilla, son mercaduria, vendense, y compranse, danse insolutum por mercadurias, y en permuta por otras mercadurias, y de otros debitos pecuniarios; Y en este caso pocas gracias, porq̃ lo mesmo procede en Holanes, Tafetanes, y Ruanes: Id operante, la convencion, y voluntad de las partes contrayentes, y la vtilidad publica de las convenciones promiscuas entre las mesmas partes; de que resulta assimesmo la vtilidad del mesmo comercio.

17 El segundo grado es especial, y que aya mercaderes tratantes en cada genero, hoc est, vno de Tafetanes, otro de Lienços, otro de Paños de Segovia, & sic in simili.

18 El tercero indiuidual, vt ita dicam, y que no solo in genere la cosa sea comerciable, vel in specie, el trato de comerciarla, y comprarla y venderla, sino que in indiuiduo tenga vna tienda abierta, comprando, y vendiẽdo cierto genero, como en esta materia las ay en Sevilla, individualmẽte en qualquiera de los generos aqui comprehendidos.

19 Vlteriùs, tambien se debe advertir en el hecho, que solo del primer grado (q̃ es biẽ remoto de la justicia del pleyto) tratò Don Andres en su probança, y de solo èl se halla en ella, hoc est, que las ditas, y escrituras son en Sevilla cosa comerciable; pero del segundo grado, que Fernando de Acosta fuesse Mercader corriente cõprante, y vendiente de escrituras, no ay probança alguna, ni bastarà dicho generico de testigos para esto, porque para la probança de esta calidad, se requiere precisamente multiplicacion de actos, y esta no la ay, ni se muestra, ni fundamento alguno de semejante pretension. De q̃ resulta quan remoto se halla del tercero y vltimo grado indiuidual, de q̃ jamas de el, ni otro alguno se aya dicho en Sevilla, aver tenido abierta tiẽda publica, adonde se comprassen, y vendiessen ditas, y escrituras publicas, y faltando esto, faltan consequemente los terminos de todo lo que se pretende por Don Andres. Y para que con toda claridad nuestro intento se manifieste, y supuesto lo aqui apuntado en el hecho, y començando ya a discurrir en el derecho, se debe tener pro constanti, que toda la probança de Don Andres queda reduzida a que en Sevilla las ditas son mercaduria comercial, y que se compran y venden, de q̃ se quiere hazer illacion, que por esta calidad no vienen, ni se comprehenden las hypothecas generales, pero hæc argumentatio menos apta est, porque no es buena consequencia, compranse, y vendense las ditas, ergo non veniunt in hypotheca, como lo fuera intolerable, *las casas y las viñas se compran y se venden, ergo non veniunt in hypotheca*, si ya no es, que derechamente pretendiessemos ser antipodas de el Iurisconsulto, que sacò la contraria consequencia en la l. sed & quod. 9. §. 1. ff. de pignoribus, ibi: *Quod emptionem, venditionemque recipit, etiam pignorationem potest recipere*. Demanera, que para la question en que los Autores la disputan, no se entiende res vænalis illa, quæ emptionẽ, & vendi-

vendicionem recipit potentialiter, sed illa quæ ex destinatione patrisfamilias, tabernæ, vel mercimonio exposita est, explicat Calepinus, *Vænalis vænale latinè, quod venum expositum est, Hispanum, cosa que està puesta para vender.*

20 Tandem, es de suponer, y advertir (vt evitemus confusionem, de qua inferiùs) que ay en el derecho tres controversias, y disputas, que aunque prima facie, parezcan entre si muy fraternitantes, y que la decision, ò razon de decidir de vna, valga, y se pueda hazer argumentaciō para la otra, nihilominùs tamen, son entre si distintas, y baten en diferentes principios, y razones del mesmo derecho; de las tres es la primera question la de este pleyto, vtrùm, el acreedor hypothecario, ò pignoraticio de vn deudor, tenga, y conserve su hypothecaria, ò pignoraticia en las ditas del mesmo deudor, que despues de cōtrayda la hipotheca, las enagenô, y cediô a algun tercero singular sucessor, iuxta .l. nomen. 4. C. quæ res pignori.

21 La segunda question es, vtrùm, el acreedor hypothecario, ò pignoraticio anterior (maximè cō privilegio de prelacion en su hypotheca, como la muger por su dote) pueda avocar la pecunia pagada a otro acreedor posterior, y menos privilegiado, no hallandola en su poder, sino bona fide consumpta, & ita dispositio textus in .l. pecunia. C. de privilegio fisci, contineat privilegium fiscale personalissimum ipsius fisci non communicandum, nec transitorium ad aliquem alium creditorem quantumcumq; prævilegiatus reperiatur, & ita sit ipsa vxor pro sua dote.

22 La tercera question es, vtrùm priuilegium fisci vt creditor posterior in bonis post suam obligationem à debitore communi quęsitis præferatur creditori anteriori, etiam expressam hypothecam habenti, vt in .l. si his qui. 28. ff. de iure fisci, ibi: *præuenit enim causam pignoris fiscus;* similiter communicetur, & transeat ad dotem vxoris, an verò nulli alij quam fisco personalissime concedit posit, & debeat?

23 Neque pro coronide illud omitti potest, que por derecho (aunque de contrario se trata de confundir) son tres las diferencias de hypothecas, y las formulas de ellas, que por convencion, ò disposicion legal, los Acreedores tienen en su fauor; conviene a saber, esta, la primera: *obligo mis bie-*

nes,ò obligo mis bienes auidos,y por auer. La segunda, con la mesma generalidad, pero con restricciõ à lugar, *obligo mis bienes, ò mis bienes auidos y por auer*, en esta Prouincia, ò en esta Ciudad. La tercera, es, *obligo esta tienda de paños, u sedas, o este rebaño de ganados, yeguas, o cauallos, u otra cosa semejante*.

24 His præmissis, & præactis fundamentis iam ad pugnã devenientes, el Abogado de Don Andres pretende comunir el intento de su parte con los tres medios que solemos los Abogados; a saber lege & iure lo primero: ratione cõfirmare lo segundo: authoritate scribentium authorizare lo tercero; De quibus sigillatim videndum est forma seq.

De primo Medio. §. Primus.

25 ALega en su fauor (y alegò Iacobo de Arenis su antẽsignano) dos textos, el primero in. l. cum tabernam 28. ff. de pignoribus in finalibus verbis, ibi: *Respondit ea quæ mortis tempore debitoris in taberna inuenta sunt pignori obligata esse videntur*; quem textum expressum putant, diziendo que en èl se prueba, que por auer sido la hypoteca de mercadurias venales, & vt ita dixerim tabernarias, siempre lleuan embebida condicion que las aya de hallar, y aprehender el Acreedor hypotecario en su poder, y lugar, quando sua actione experitur, & ius hypothecæ persequitur: aliter si huiusmodi merces venditę, vel alienatæ fuerint, ita quod in illis non cadat inventio, & apprehensio creditoris actualis: argumẽto textus in. l. si barzatorẽ. C. de fideiussoribus, nullum ius remaneat creditori contra tertium singularem harum rerum possessorem, id que generaliter admittẽdum contendit, en todas las escrituras, y Acreedor que a ellas pretenda derecho en esta Ciudad de Seuilla.

26 El segundo texto que adduce para el mesmo intento, y aduxo tambien Iacobo de Arenis, es la ley generali 32. §. vxori. ff. de vsufructo legato, ibi: *Quæsitum est, an lanæ cuiusque coloris mercis causa paratæ, item purpuræ quæ in domibus erant, vsusfructus deberetur*. Respondit, *excepto argento, & his quæ mercis causa comparata sunt, cæterorum omnium vsufructum legatariã habere*: Cuyas palabras dize que comprueban su intento,

pues

pues deciden que las mercaderias venales, por su intrinseca naturaleza, è intencion del Disponente, no se comprehenden en su disposicion, y que tambien por aquel texto no se han de comprehender las Ditas y escrituras en Sevilla, en fauor de los Acreedores contratantes.

De secundo Medio. §. 2.

27 DIze el Abogado, que esta determinacion, y decision de derecho (como el piensa) tiene sumamente justificada razon de decidir, aũ que aliter posito iure, y si durara la hypothecaria en las mercadurias vænales, y en poder de tercero adquisitor en favor del acreedor, comertia impedirentur, totus mundus litibus implicaretur, quod esse inconveniens non tolerãdum, aliàs in simili quæstione conclamabat Senatus Neapolitanus apud Afflictum decis. 190. Cuya razon ibi, vsque adeo sic valuit momento vt creditori etiam anteriori & cum priuilegio prælationis denegata fuerit avocatio pecuniæ posteriori creditori solutę & ab eodem bona fide consumptæ, ergo arguit eodem modo & æquali (ne dixerim maiori) ratione idem iustissimè decidendum est, en la opignoracion de las Ditas, y adquisicion de los compradores de ellas in præsenti specie.

De tertio Medio. §. 3.

28 DIze que por estos textos, y razon nueuamente considerada, assi lo han resuelto, y enseñado graues authores, y el primero, (como està dicho) Iacobo de Arenis cuya fue original la dotrina, y en ella la alegacion, y fundamento de quo proxime. El segundo, que se trae por su sequaz a Baldo in. l. vbi ad huc. C. de iure dotium num. mihi, & in meo. Cod. 19. ab aliis allegatus num. 35. cuyas palabras originales (porque estan referidas en todas las informaciones) no se refierẽ aqui a la letra, & inferius se põderarà quãto cõuenga; pero por aora lo q̃ el texto de Baldo contiene, es, primo loco, referir la opiniõ de Iacobo de Arenis: y luego secundo loco ponerle cierta nota, y declaracion, y restriccion: y luego vltimo loco dezir las palabras siguien-

guientes de lo vno y de lo otro: quod tene menti si verum est.

29 El tercer Author que se alega por assecla desta de esta doctrina, es el señor Gregorio Lopez in l. 5. titulo 13. partita. 5.

30 El quarto Author, que tambien se alega para el mesmo intento, y tambien como sequaz desta doctrina, es el señor Presidente practic. cap. 29. n. 1. versi. quibus accedit.

31 El quinto Author que para el mismo intento se alega, (que se contentò con referir al señor Gregorio Lopez, es el Padre Luis de Molina Theologo, de Iustitia & iure, tom. 2. disputatione 528. versi. conventionalis.

32 El sexto Author, es Benevenuto Stracha, de mercatura titulo mandati prope finem, §. reliquum num. 7.

33 El septimo Author es Negusancio de pignoribus par. 2. membro. 2. num. 24.

34 El octauo Author es Gaito de credito. cap. 4. quæsito 5. num. 175.

35 El noveno y vltimo Author, es Iuan Gutierrez lib. 3. practic. quæst. 100. num. 10.

36 Prædictis tamen nihil refragantibus, la justicia de Don Francisco en el caso, es bien fundada, y la sentencia de Vista parece deber ser reuocada ex seqq.

37 Lo primero, se funda en todas las reglas y principios de derecho que le assisten, y concluyen que en la hypotheca general, y vniuersal omnium bonorum, vienen, y se comprehenden todos los bienes, y derechos auidos, y por aver de el deudor, excepto aquellos que por otra ley se hallare especialmente dispuesto que no se comprehende: probatur expresse in vulgata lege obligatione generali. ff. de pignoribus, melius in. l. 5. titu. 13. partita. 5. ibi: *Apeños obligando alguno todos sus bienes, cosas ya señaladas, que no serian por ende obligadas*: y va proponiendo el legislador quales son estas: Y concluye con las palabras siguientes. *E todas las otras cosas que ouiere entonces, è aun las que atiende auer despues, fincan obligadas por razon de tal empeñamiento, fueras ende estas sobredichas.*

38 No es necessario hazer mas ponderacion de estas palabras, que dezir que en las precediẽtes no se halla expresso, ni por otra ley alguna, el caso de que se trata, de necessario evinci-

evincitur, que està comprehendido en la regla, pues no se muestra excepcionado en la excepcion, pues siendo como es el edicto de pignoribus, & hypothecis prohibitorium quorundam casuum: ita quod si non reperitur prohibitus eo ipso censetur permissus, en el instante que Don Fràcisco se funda en la regla permisiva, y Don Andres no muestra ley prohibitiva, pro nobis stare debet victoria; y aqui es, donde por eminencia procede el briocardico, *Erubescimus cũ sine lege loquimur.*

39 Ya parece que oygo al Abogado de Don Andres replicar, que no vna sino mas de vna, son las leyes en que Iacobo de Arenis su Capitan funda esta limitacion, y que estas son la ley cum tabernam, y el. §. vxori supra citato. Y antes de passar adelante digo a Iacobo de Arenis, que cõvenga consigo, y procure casar estos dos textos: porque si se atiene al §. vxori, que hablò entre marido, y muger, dize que los bienes vænales non ingrediuntur in dispositione: Y si a la ley cum tabernam, dize que ingrediuntur dispositione, pero q̃ egrediunt per liberam alienationem debitoris; Rursus, la question de este pleyto es esta: *Vtrûm, in hypotheca universali bonorum, vel omnium bonorum ingrediantur, vel non ingrediantur vænalia? Et vtrûm dato, quod ingrediantur, egrediantur per liberam debitoris alienationem?*

40 Dè Iacobo de Arenis vn texto q̃ pruebe esta conclusion: Claro està que no dà otro mas de los dos, ya repetidos. Sed sic est, que no me contẽto con que entrambos estos textos, ni alguno de ellos, no prueban el intento de Iacobo, sino q̃ imo se retuercen, y prueban lo contrario.

41 Pruebase este discurso, porque la ley cùm tabernã prueba, imo supone por probado, y los contrarios lo cõfiessan, que la hypothecaria cayò sobre las mercadurias vænales, que lo eran en tanto caso, que se hallavan expuestas venditioni en el cuerpo de la tienda.

42 Lo mesmo supone tambien el §. vxori, en cuya specie el testador puso palabras vniversales, ibi: *Omnium rerum*, aunq̃ las restringiò ex adiunctis, ibi: *Quæ in domibus erant.* Y la disposicion inferior, ibi: *His quæ mercis causa comparata sunt, &c.* Prueban bien, que si el testador se quedàra en las palabras generales omnium rerum, y no las restringiera con el ad-

iuncto

per distractionem debitoris à pignore, vel hypotheca, liberatæ fuerunt; cosa que Scçbola no dixo, ni parece averle passado por el pensamiento, antes lo contrario, porque como tantas vezes avemos dicho, suponiendo siempre por hypothecadas las que estavan en la tienda, al tiempo de la hypotheca, y con esta causa quocumque vadant, quia pignus vel hypotheca, sequitur rem sicut lepra leprosum, & vmbra hominem, tan solamente estava la dificultad que hazia prædicta dubitandi ratio, de ser otros que los hypothecados, porque el argumento â contrario, en lo que no se pregunta, y que se dexaua supuesto, y determinado por los principios de derecho referidos, no tiene lugar, ni fuerça alguna, vt notatur communiter ab Scribentibus in. l. conventicula. C. de Episcopis, & Clericis cum vulgatis, nouissimè Valascus in suis locis communibus, litera A. nu. 377.

51 Y aora en quanto a los futuros, aunque parezcan otros bienes, la razon de decidir de aquel texto es, porque se dà hypotheca de nombre colectivo, y adonde sub vno plures res contineétur vniversaliter, sicut taberna, grex, peculium, & similia, quamvis aliæ superveniant, eadem tamen est taberna, vt gregis hypotheca, probat textus in. l. grege. 13. in principio. ff. eodem tit. ibi: *Grege pignori obligato, quæ postéâ nascuntur, tenentur, sed etsi prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus pignori tenebitur*. l. cum pater. §. mensæ. ff. de legatis. 2. textus optimus in. l. proponebatur. 76. ff. de iudicijs, ibi: *Respondi non modo si vnus, aut alter, sed etsi omnes iudices mutati essent, tamen & rem eandem, & iudicium idem quod anteâ fuisset permanere*. l. peculium, in principio. 65. ff. de legat. 2. tradit eleganter Bart. in. d. l. cum tabernam, ad finē, ibi: *Tu dic quod hæc appellatio tabernæ, prout refertur ad merces est nomen vniuersitatis, sicut grex, peculium, &c. Et ideô licet merces mutentur, tamen eadem videtur esse tabernam.*

52 Pero aun quando sin perjuyzio de la verdad, se cōcediera valer en este caso el argumento à cōtrario, y que la respuesta de Scæbola vltra interrogata, & supposita, contuviera q̄ las mercadurias de la tienda existentes en ella al tiempo de la opignoracion per alienationem debitoris liberatæ fuerunt ab hypotheca in eademmet specie dictę legis, & intra Cancellos formæ opignorationis illius legis, adhuc no

tuviera

tuviera fundamento, porque conforme a sus palabras era preciso dar al acreedor caso, y organo de subrogacion en lugar de las enagenadas, en fuerça de que quando la ley, ò disposicion qualquiera otra, vnum disponit, & alterū præsupponit ad hoc, vt habeat locum dispositum, oportet vt prius verificetur suppositum, tradit glossa celebris, verbo advocandum, in.l.mancipia. C. de servis fugitivis, idque maximè quando dispositio per verba cōditionalia concepta reperitur, cùm conditionalis nihil ponat in esse, nisi ostenso implemento conditionis. Ac subinde, como las palabras de la ley cum tabernam sean desta calidad, ibi: *Quæsitum est, si eas merces per tempora distraxerit, & alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit, &c.* Y nada de estos tres requisitos condicionales, ni subrogacion alguna aya podido aver, ni ha avido en este pleyto, bien llanamente se consigue quan estraña sea de el, la alegacion de la ley cum tabernam, y de su materia, para causar perjuyzio a la pretension de Don Francisco, y de Doña Catalina su muger.

De secundo Medio. §. 2.

53 EL argumento à ratione legis in lege expressa, en su caso, y con las calidades requisitas, no se puede negar que tiene mucha fuerça; pero mucho mayor dificultad de aplicacion, tam in facto, quàm in iure: Y para que se vea quan poco fundamento deba tener en el caso presente, la que el Abogado de Don Andres considera, es ab inconvenienti, que dize se vendria a subseguir de dar al acreedor persecucion de las ditas de su deudor, aviendolas èl cedido a tercero comprador, & in primis, para poder llegar a essa alegacion, le pedimos, la de vna ley cercana a este caso, que para evitar este inconveniente le aya deferido tanto, que menospreciando el derecho ageno, prive de el a los interesados, para que pueda correr este argumento à ratione inconvenientis in.l.cōsiderata, y esta es la que no dà, ni darà, y per emendicata suffragia, & à maximè remotis, dize que el inconveniente que considerava (no ley de Derecho comun, ni Castellano, ni de otro ninguno Legislador) sino del Senado Neapolitano en la decision.190. en la questiō

de

de avocatione pecuniæ cõsumptæ à posteriore consumente facienda.

54 Qua in specie in tribus deficit argumentationis efficaciam. In primo, porque aquella no es razon de ley, sino consideracion de algun Iuez, ò Iuezes, que por su parecer, y para confirmacion de el, considerò aquella razon, qui fortalis formò, y moviô su dictamen para dar su voto, ita que no es razon legis (como debia ser) para hazer algun fundamento, aunque bien pequeño en la materia.

55 In secundo, in veritate facti, negamus enim factũ prout narratur, y que aun en el caso de aquella decision aya incõveniente, ni esse sea digno de consideració, imo potiùs, que antes le huviera en la contraria resolucion, y en quitar al acreedor anterior hypothecario, su derecho Real, y bien fundado, en cobrar de su deudor comun, lo que se le debe, y que le prevenga, y damnifique el acreedor posterior cobrando, y el deudor comun pagando, quiza gravando el vno, y el otro las conciencias, por cuya causa con muy justa causa contra el Neapolitano, el Senado Granatense, y el Hispalense tienen recibido, y cada dia practican lo cõtrario, vt testatur ipse Domin. Præses, dict. cap. 29. num. finali, y el señor Don Iuan del Castillo lib. 4. cap. 61. n. 88.

56 Deinde, porque demas de lo dicho, aun en el caso que habla la consideracion de aquella razon ab incovenienti, mas era de Principe Legislador ad legis iuris novi condendam, quam Senatus, vel Doctoris ad explicationem iuris antiqui iam conditi, & ad decisionem causæ pendentis necessarij. In tertio, porque para que la razon, aunque fuera de ley, se pudiera alegar, y fuera verdadera, era menester q̃ corriera en el caso para que se alega, con toda llaneza, y sin discrepancia; de que se halla tan al contrario, que el de la decision. 190. de Afflictis, y el de este pleyto, son tan distantes, que aquella razon negativa, y contrariamente cessava en nuestro caso, y en aquel no se hallava por principios de Derecho accion que poder competir al acreedor anterior, contra el posterior, que con buena fe cobrô, y consumiò el dinero que le debian, y pagaron. No personal, porq̃ entre los dos acreedores no huvo contrato, ni casi contrato, que es el fundamento de las acciones personales. §. omnium,

Institut.

Instituta de actionibus,& de obligationibus, que ex cōtractu vel quasi contractu nascuntur; no Real, porque el acreedor posterior, no tiene, ni possee cosa hypothecada à que el anterior pueda enderezar su accion hypothecaria, que in omni casu semper & vbiq; est mere Realis, totum abest Realitatis, vt ex Baldo scribentium supra tetigimus. Y aora in tanta actionum penuria, parece que se podia colorar la razon ab inconvenienti del Senado, videlicet, que el cocederla de nuevo causaria inconveniente, y daria ocasion a que totus mundus litibus vexaretur.

57 Totum contrariũ en el caso presente, nominis non exactis inter creditorem hypothecarium ex vna parte, & non creditorem posteriorem ex altera, sed tantummodo cessionarium ipsius nominis, adonde al acreedor, todas las dichas acciones competen: in primis, la personal vtil, del primitivo acreedor adversus debitorem nominis cessi, ex. l. nomen. 4. C. quæ res pignori, ibi: *Vtilibus actionibus satis tibi facere vsque ad id, quod tibi deberi à creditore eius probaberis compelletur.*

58 De cuya vtil accion dimanat ex toto iuris rigore, la eminencia de la hypothecaria de las dicas en los incorporales en favor del acreedor, contraria a la opignoracion de las cosas corporales, hoc est, que en estas es siempre necessario que preceda excursion, Authēt. hoc si debitor. C. de pignoribus, trasladada in. l. 14. tit. 13. part. 5. Idque ex mera iuris ratione, porq̃ al acreedor hypothecario de las cosas corporales, no le compete accion personal, sino contra su deudor, y para llegar a la Real contra el posseedor, ex æquitate, introduxeron aquellas leyes la escursion: Pero en los incorporales, se tiene el acreedor hypothecario la personal, no solo contra su deudor principal, ex suo capite, sino la vtil exceptione legali. d. l. nomen, ac subinde, nil mirum quod excusione non indigeat, pulchrè Alexand. cons. 15. vol. 6. Surd. cons. 4. â nu. 22. Y la numerosa caterba de Autores alegados en la primera parte de nuestra informacion.

59 Et hęc de actione personali; de reali se dize lo mesmo, porque nomen ipsum reperitur in rerum natura vivax, & expirans, y en el como en esclavo, ò vn cavallo, consistit oppignoratio eminentemente, en virtud de que por la dicha calidad de incorporal, y por su oppignoracion general, ò especial, expressa, ò tacita, ex Surd. d. n. 22. traditum fuit nomen ipsi cre-

ditori pignoratitio (certio enim in iuribus incorporalibus traditionem operatur sicut traditio in rebus corporalibus, celebratissima glos. in l. fin. C. quando fiscus, vel privatus.

60 De que resulta, quod creditor nominis, en el tiene tres acciones, ò tres remedios muy corrientes, y juridicos; accion personal contra el deudor de su deudor; hypothecaria Real contra ipsum nomen mientras no estuviere pagado el interdicto vtil, Salviano quasi possessorio in. d. nomine sibi oppignorato, & tradito.

61 Quid ergo consequens, que la razon de inconveniente que se considera, se seguiria no de que se diesse al acreedor vn derecho tan llano en las tres acciones, que informadas de la ley, el con su contrato se adquiriò, sino antes se seguiria el dicho inconveniente intolerable, si estas acciones se le denegassen, y justamente se retraerian de contratar, sino entendiessen que todas estavan, y le quedan illesas, y no perecederas, ni peligrosas alienatione facto, vel dicto suorum debitorum contra primordialem naturam pignorum, & hypothecarum, quæ in eo consistit intrinsecè, vt semel contracta non pereant nisi soluto debito. d. l. grege. §. 1. ff. de pignoribus. l. 1. ibi: *Nec probe dici posse in potestate debitoris esse*. ff. qui potiores. l. debitorum. C. de pactis, cum vulgatis.

De tertio & vltimo Medio. §. 3.

62 INsignis ille, tam in enucleandis legum difficultatibus, quã in decidendis litium iurgijs verè Faber expertissimus in consultatione Montis Ferrati, pag. mihi. 208. tam iudices in iudicando, quam causarum patronos in scribendo instruẽs docet interpretationem, & iuris allegationem in ambiguo, & conflictu sumendam, & faciendam esse ex certo, non per contrarium certi ex ambiguo, quod etiam repetit Felicianus de censibus, tom. 2. lib. 4. cap. 1. num. 8. vers. Nostræ, como indebidamente pretende oponer el Abogado de don Andres, a la cierta, y verdadera disposicion de derecho en este caso en favor de Don Francisco de la dubia incierta, y menos bien aplicada doctrina de Iacobo de Arenis, el qual por si, y su autoridad, no puede vencer cosa alguna mas de en quanto la cõfirmare, y comprobare con leyes, y Derechos, y las dos que trae ya in præcedentibus, parece q̃ avemos fundado quan poco

son

son dignas de q̃ se tengã por comprobacion de la opinion de Iacobo de Arenis.

63 Bien presintiô esta dificultad el Abogado de Don Andres, y que necessitava de armas y municiõ su defensa; para la qual acrecentò la ley servos. 73. ff. de legatis. 3. ponderandola en aquellas palabras, ibi: *Eum qui vænalitiariam vitam exercebant puto suorum numero, non facilè contineri velle eiusmodi mancipia, nisi evidens voluntas fuit etiam de his sentientis. Nam quos quis ideô comparavit, vt illico distrahet mercis magis loco quam suorum habuisse credendus est.*

Primera Respuesta a este texto.

64 HAbla en el legado particular de cierta especie, de el qual menos juridicamente se pretende hazer argumento a la prenda, o hypotheca, ni se probarà que de vno a otro se ha valido el argumento, y le basta a D. Francisco el principio quod à separatis non valet, neque fit consequentia, vel argumentatio. l. Papinianus exuli. ff. de minoribus cum vulgatis.

Segunda Respuesta.

65 MVcho mas se confirma la precediente, por la razon de diferencia que ay de vn caso a otro, hoc est legatum ex vna, & hypothecam ex altera partibus: legatum enim totum dependet ab intentione testatoris in re sua liberè dispo nentis. l. in conditionibus. ff. de condit. & demonstrat. el qual in dubio semper censetur magis dilexisse hæredem vniuersalem, quam legatarium particularem. l. Publius. ff. eodem tit. ac subinde qualquiera consideracion que diminuya, & plenissimum, & permanens duraturum ius testatoris in re legata, la dexa en la vniuersalidad del heredero: y a esto mirã todas las questiones que Vlpiano excita, y por este principio resuelve en aquella ley. Per contrarium en la prenda, o hypotheca nõ totum facit voluntas debitoris, sed creditoris cum quo contrahitur. §. item institutis quibus modis re cõtrahitur obligatio, & in hypotheca datur sine dubio voluntas creditoris, qui sibi per illam, vel fideiussorem securiùs cautum esse intendit: Con curritetiam voluntas debitoris, cui nullum, vel modicum causatur præiuditium ex hypotheca, eo quod ratione illius non crescit debitum, sed solùm crescit securitas solutionis debito-

ri faciendæ; de adonde parece auer procedido el vulgar proverbio Español, *Al buen pagador no le duelen prendas*, vt in specie docuit Molina Theologus dict. disput. 528. vers. conventionalis in principio.

Tercera Respuesta.

66 LA Alegacion deste texto para el proposito, no menos q̃ la. l. cùm tabernam deficit in facto, porque el tema de la question que disputamos, y la formula de la hypotheca de D. Catalina por su dote, es general, y vniversal omnium bonorum præsentium, & futurorum; la. l. servos, es de vn legado particular de cierta specie de bienes en que specialmente pudo aver la suerte vænalitia, como es de los esclavos, adonde specie ad genus non valet argumentatio, y tanto menos quando en la mesma especie de legado, como sea general, o vniversal omnium bonorum, es llano que se comprehenden omnia vænalia, dummodo generalitas non restringatur ad certum locum, vt est textus in. d. l. generali. §. vxori. ff. de vsufructu legato, iunctis quę ad illum locum supra notavimus, & ita bene intelligit, & satisfacit insignis Pinelus in rubrica. C. de bonis maternis. 1. p. n. 41. Accedit que la disposicion de la ley servos, es para que vænalia non ingrediantur dispositioné, y por el mesmo caso no es a proposito para que semel ingressa, como se cófiessa en la hypotheca, ingrediantur, cũ privatio supponat habitum. l. decem. ff. de verb. oblig. cap. ad dissolvendum, de desponsatione impuberum cum vlgatis, & longè faciliùs aliquid impeditur ne fiat quam factum tollatur. l. patre furioso. ff. de his qui sunt sui, cap. quemadmodum de iure iurando, vbi Pontifex Sũmus no dedignatur citare elegans carmen Ovidianũ:

Turpius eijcitur quâm non admittitur Hospes.

Manet ergo la opinion de Iacobo de Arenis destituida de las alegaciones de derecho, que èl mesmo, y el Abogado de Don Andres alegan en su favor.

Respondetur ad Baldi doctrinam.

67 CVyas palabras son de calidad, ibi; *Tene menti si verùm est*, q̃ no seria temeridad dezir Baldum in illis potius esse irrisorem Iacobi, quâm laudatorem, pues si es buena, y bié fundada la doctrina de Iacobo, pudiera dezir; *Tene illam menti*, *quia*

quia vera est: y no solamente no lo dixo, ni quedò con taciturnidad, para que segun ella se discurriesse en su aprobacion, sino que le puso aquella condicional *si verum est*, en la qual no ay duda que nihil ponit in esse, sed totum relinquit verificationi, & purificationi, ita quod interim dum non ostenditur purificatio, idem est ac si dispositio concepta non esset. l. pecuniam. ff de rebus creditis, textus elegans in. §. cõditiones, instit. de verborum obligationibus, ibi: *Conditiones quæ ad præsens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non deferũt, veluti si Mævius vivit, nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio.*

68 Ergo nò se puede negar que las palabras de Baldo para poderse valer de ellas, echan la carga al Abogado de D. Andres, para que le incumba el probar la verdad de la doctrina de Iacobo, igitur si solamente deficit in probanda veritate, imo ex superabundanti nos sufficimus in probanda veritate in cõtrarium iam manifestè liquet, & pleno ore podemos dezir que la doctrina de Baldo es en nuestro favor.

69 Deinde, porque quando sin perjuyzio de la verdad, se tratara de pretender otra cosa de aquella doctrina, es fuerça averse de tomar prout iacet, y en ella Baldus semper tremulus, numquam firmans pedem distinguit in hunc modũ, quod magis videtur dicẽdum, quod si vir qui incipit uti malè substãtia sua alienat, merces possunt ab uxore per hypothecariam avocare, secus si alienauerat ante, & ita videtur dicendum in quolibet contractu, & tene menti si hoc est verum.

70 Et hæc distinctio si esset vera, como el mesmo author dize, adhuc pro nobis faceret, segun el hecho que se propone, pues antes de cumplirse seis meses despues de la cesion hecha a el General Iuan de Hermosilla, porque la cesion fue hecha en 30. dias del mes de Setiembre de. 633. Y la muerte de Fernando de Acosta fue a. 20. de Março de. 634. Y la notificacion a Roque de Mimensa deudor cedido, fue fecha a. 22. de Março dos dias despues de la muerte, como consta de los autos desde fol. 16. hasta. 20. Con que se descubrio la quiebra de el susodicho en mas cantidad de docientos mil ducados, y de ello oritur iuris præsumptio iam inde à tempore alienationis decoctorem fuisse, & animum fraudandi creditoris habuisse, & consequenter nihil egisse. l. fin. tit. 19. lib. 5. recopit. ibi: *Y assimesmo sean avidos y juzgados por alçados, è incurran en las dichas penas, si se les probare auer tomado algunas mercadurias fiadas, o prestadas, ù dine-*

ros prestados, ò à cambio, seis meses antes que quebraren, ò faltaren de sus creditos. Por manera que seis meses antes debe el mercader tantear, y conocer las fuerças de su caudal, y abstenerse de la mercancia que exerce, porque si despues dentro del termino quiebrá, legis presumptione se retrotrae, & iam inde à tempore cõtractus decoctus præsumitur, & male vsus substantia suà, nec sufficiens ad debitorum maximè dotalium satisfactionem.

Respondese al señor Gregorio Lopez.

71 EL Qual no haze otra cosa mas de referir la doctrina de Baldo, y el y ella tienen consigo todo lo que se acaba de decidir, y el señor Gregorio Lopez vlteriùs digno de aduertencia, la menos buena aplicacion de la doctrina ex eo, que como tantas vezes avemos repetido, la question en si era digna de consideracion y disputa, si tendria lugar en la dote, el caso de la ley cùm tabernam, el por el, si supiesse vn marido que dixesse: *Do vxori meæ pro sua dote pignori tabernam hanc*: Y el señor Gregorio Lopez aplica esta doctrina a la ley .5. tit. 13. partit. 5. adõde no fue la hypotheca especial tabernæ, sino general, y vniversal omnium bonorum, peccat ergo insignis dominus, & communis magister in combinatione iuris, & facti, & aoplicatione iurium.

Respondese al señor Presidente Covarrubias.

72 EN El qual procede eminentemente quãto està dicho en los precedientes, & vlteriùs que como elegantemẽte enseñò Antonio Fabro in .l. si cùm tu. ff. de pactis, para decidir qualquiera causa, se ha de assentar primero que es verdadero quanto se alega, y juntamente ser bien aplicado, y que para hazer razon de dudar, tambien ha de ser verdadero en si lo alegado, y tan solamente puede faltar en la menos buena aplicacion: El señor Presidente trae la doctrina de Baldo, y de Iacobo, y haze argumento de ella para caso diferente, porque ella trata de egressione hypothecæ, y la question es de avocatione pecuniæ consumptæ posteriori creditori solutæ: Y assi ante todas cosas, aun quando el mesmo Baldo no lo huviera dicho, se avia de probar la verdad de aquella opinion, para hazer argumento della en estotra question; y pues, como tantas

vezes

vezes avemos repetido, no solamente no se ha probado la verdad de ella, sino por nosotros su incerteza, y carencia de fundamento: iam meridiana luce clarius patet, que aunque es suma la autoridad del señor Presidente, no se estiende mas en el proposito que lo q̃ en si tenia la mesma doctrina de Baldo.

73 Acceditque non leviter para el proposito, convincitur cõsideratio quam ex Parisio refert Dominus Præses, d. loco, videlicet, ne comercia impediantur, sed sic est, que ninguna cosa pudiera causar mayor impedimento, que el tener la muger en qualquiera acreedor hypothecaria en el dinero que su deudor huviera pagado, ò comprado con el alguna cosa, sed sic est, que toda via en el dinero datur hypothecaria, & creditor illam potest exercere, vt in d. cum tabernam. §. 1. ff. de pignoribus, & supponit pro indubitato Dominus Præses sæpè citato loco, y lo supone la hypothesis de la question que alli se trata, que es de pecunia bona fide consumpta, porque en la extante no ay duda: nullus autem diria que porque se tuviesse hypotheca en las cosas vænales, se impediria mas el comercio, que porque se impidiesse en la pecunia numerata, pues no ay, ni puede aver mercaderia mas comerciable que el dinero, si ergo in pecunia numerata extante (como conste de la identidad, y no aya avido consumpcion) datur hypothecaria, à fortiori se debe dar en los vęnales estèn dõde estuvieren, ex vulgari illa regula topica: *Si vbi magis videbatur inesse, non inest, à fortiori vbi minus videtur inesse, non inerit*, Authent. multo magis, C. de sacrosanctis Eccles. cap. cum in cunctis, vbi Decius, de elect. Felicianus de censibus, lib. 3. c. 4. n. 14. ad fin.

Respondese a Negusancio, y à Gayto.

74 Resulta muy facil respuesta de todo lo dicho in præcedẽtibus, y que no hazen otra cosa mas de tan solamente referir la doctrina de Baldo, la qual por todo lo que tan largamente està dicho, ad nihilum redacta est. Y vltra de todo, ellos mesmos consigo mesmos conquasantur, & convincuntur, porque confiessan, y asientan, que in hypotheca generali, & vniversali omnium bonorum ingrediũtur vænalia, y lo mesmo haze con eminencia insignis Pinelus. d. loco, à n. 40. Pero ellos (aunque no el) en los lugares de contrario citados, dizen que egrediuntur per liberã debitoris alienationem

rerum

rerum opignoratarium; y esto es lo que no prueban mas q con la doctrina de Baldo, y con la ley cûm tabernam, que e ntramba cosas no tienen fundamento alguno para e l proposito, como està dicho.

Respondetur ad allegationem Ioannis Gutierrez, lib. 3. practicar. q. 100. num. 10.

75 MAgis infeliciter que todo lo sobredicho, se trae este lugar para el caso de este pleyto, adonde lo que Iuan Gutierrez propone, es disputar, vtrùm, las leyes que disponen que los acreedores de hypotheca expressa anterior, se à preferidos a la hypotheca tacita, o expressa de la dote posterior: Y supuesta la distincion que en los bienes adquiridos al tiempo de la primera hypotheca expressa anterior a la dote, y en el tiempo intermedio entre las dos obligaciones, es v enei da la dote: pregunta aora Iuan Gutierrez, si serâ lo mesmo en los bienes adquiridos por el deudor despues de la obligacion de la dote? Que en efecto es preguntar, como ya tengo dicho supra numero vtrùm el privilegio de prevencion en este caso, concedido a el fisco en la ley si his qui .28. ff. de iure fisci, communicetur vxori pro sua dote? Y Iuan Gutierrez refiriendo a Antonio Gomez, resuelve la parte negativa, *quod non communicetur doti huiusmodi privilegium:* Y aun que muchos quos non vocat, nec oportet referre, tienen lo contrario, non assequimur quo pacto esto tenga que ver con la materia de este pleyto.

76 Y vltimamente por remate de todo, tampoco necessita de respuesta, lo que el Abogado de Don Andres tanto ha ponderado, que el General notificò la cession al deudor cedido, y q̃ vsò del vno de los tres casos de la ley .3. C. de novationibus. Pues debiera advertir que esto era bueno si compitiera cō Fernādo de Acosta, y con sus directas, y en virtud de acciones vtiles, pero no con acreedor que desde el dia de su credito adquirio las vtiles, taliter que no le quedò a Fernando de Acosta cosa alguna vtil que traspassar al General; Y assi viene a ser Doña Catalina non tam potior, quàm sola domina, y posseedora de las acciones vtiles in nomine, non ex acto, en el qual nunca tuvo, ni pudo tener cosa alguna el General, ni sombra de poder competir con Doña Catalina.

Ex qq. parece bien fundada la justicia de D. Catalina Francisco, y que se debe revocar la sentencia de Vista, y absolverle de la demanda puesta de contrario. Y assi lo espera salvo, &c.

Lic. Azebedo de Fonseca.